

Sygn. akt: KIO 76/12

WYROK
z dnia 25 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **BLOCK Sp. z o.o., ul. Ząbkowska 27/31, 03-736 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, pl. Medyków 1, 41-200 Sosnowiec,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, pl. Medyków 1, 41-200 Sosnowiec** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **BLOCK Sp. z o.o., ul. Ząbkowska 27/31, 03-736 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, pl. Medyków 1, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **BLOCK Sp. z o.o., ul. Ząbkowska 27/31, 03-736 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary, plac Medyków 1; 41-200 Sosnowiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utworzenie centrum urazowego na bazie wielospecjalistycznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu*” w trybie przetargu ograniczonego – procedura przyśpieszona, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 4 stycznia 2012 roku pod numerem 2012/S 1-001244.

Dnia 11 stycznia 2012 roku wykonawca BLOCK sp. z o.o., ul. Ząbkowska 27/31; 03-736 Warszawa (zwany dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 49 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - tj. zastosowanie skróconego dziesięciodniowego, a nie trzydziestodniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo braku zaistnienia ku temu przesłanki pilności, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji.
2. Art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp - tj. nie umieszczenie w ogłoszeniu pełnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także pominięcie informacji o znaczeniu tych warunków.
3. Art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7.ust. 1 ustawy Pzp - tj. sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
4. Art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, tj. żądanie w ogłoszeniu złożenia dokumentów przedmiotowych, tj. potwierdzających, że oferowane materiały spełniają wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia a nie jedynie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak również żądanie oświadczenia o średnim rocznym zatrudnieniu, które również wykracza poza katalog dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
5. Art. 50 ust. 1 ustawy Pzp, tj. żądanie złożenia przez wykonawców wraz z wnioskiem dokumentów innych niż dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wypełnionego Arkusza Informacji Technicznej i dokumentów z niego wynikających jak również oświadczenia o średnim rocznym zatrudnieniu.

6. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w załączonym Arkuszu Informacji Technicznej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób wskazujący na jednego dostawcę.

Odwołujący żądał:

- 1) dokonania modyfikacji treści ogłoszenia w taki sposób by zastosowanie miał art. 49 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wyznaczenie trzydziestodniowego terminu składania wniosków,
- 2) dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób by Zamawiający podał informację o znaczeniu warunków udziału w postępowaniu przy kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert,
- 3) dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób by opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz sam warunek nie naruszały zasady uczciwej konkurencji jak również by były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tj. dokonanie następującej zmiany tego warunku:

„Zamawiający uzna spełnienie tego warunku:

- jeśli wykonawca wykaże się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 robotą budowlaną zawierającą w swoim zakresie budowę, remont sal operacyjnych w obiektach zakładu opieki zdrowotnej o wartości minimum 7 000 000,00 PLN brutto”,

- 4) dokonania modyfikacji treści ogłoszenia w taki sposób, aby z zakresu dokumentów żądanych jako załączniki do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyeliminować dokumenty, których nie należy żądać na tym etapie, tj. wyeliminować żądanie złożenia Arkusza Informacji Technicznej jak również żądanie oświadczenia o średnim rocznym zatrudnieniu. Odwołujący wniósł o pozostawienie jedynie katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie zaś dokumentów przedmiotowych.

Z uwagi na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na składanie wniosków, które to naruszenie ma decydujący wpływ na całe postępowanie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Żądanie to uzasadnił tym, iż odwołanie zostało złożone w najszybszym z możliwych terminów (z uwagi na dni świąteczne) tj. dnia 9.01.2012 r. i nie wstrzyma toku postępowania. W tym dniu, zgodnie z ogłoszeniem, dojdzie do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z tym, że orzeczenie w niniejszej sprawie zapadnie zapewne po zakończeniu postępowania lub też w jego kolejnym etapie nie będzie możliwe skorygowanie przez Zamawiającego naruszeń, które niniejszym Odwołujący podnosi. W opinii Odwołującego unieważnienie postępowania jest więc jedynym możliwym w tej sytuacji rozwiązaniem.

Z ostrożności procesowej, gdyby unieważnienie postępowania nie zostało uznane za stosowne, Odwołujący wniósł również o unieważnienie czynności składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, która nastąpiła dnia 9.01.2012 r. a następnie o dokonanie przez Zamawiającego wskazanych wyżej modyfikacji i wyznaczenie nowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada oczywisty interes w uzyskaniu zamówienia jak również może ponieść szkodę na skutek powyższych naruszeń, polegającą na wykluczeniu go z postępowania, pomimo, że spełniałby wymogi Zamawiającego postawione zgodnie z ustawą - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przeprowadził uprzednio postępowanie, którego przedmiot zamówienia zawierał w swoim zakresie utworzenie centrum urazowego, a ponadto doszło do podpisania umowy i rozpoczęcia prac. Było to postępowanie pn: *„Utworzenie centrum urazowego na bazie wielospecjalistycznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu”* o nr 23/PNE/DOT/2011. Jednak w związku z tym, że Zamawiający nie zaakceptował przedłożonego przez wykonawcę, z którym podpisał umowę harmonogramu prac doszło do wypowiedzenia tej umowy. Wypowiedzenie nastąpiło w październiku 2011 r. Przez ten czas, tj. do dnia 29.12.2011 r., dnia przekazania ogłoszenia do DDUE Zamawiający zachował bezczynność, podczas gdy wszczęcie procedury z zachowaniem podstawowego, tj. trzydziestodniowego terminu było by wówczas możliwe, a wykonanie prac do terminu, który Zamawiający wskazuje, jako graniczny tj. 23 czerwca 2012 r. nastąpiło by terminowo. Ważne jest również, że nawet wszczynając postępowanie dnia 29.12.2011 r. Zamawiający również mógł zastosować podstawowy termin składania wniosków, gdyż prace, które są przedmiotem obecnego zamówienia są możliwe do wykonania maksymalnie w 4 miesiące.

Zadanie jest współfinansowane ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytetu XII: Bezpieczeństwo zdrowotne i poprawa efektywności systemu ochrony zdrowia, Działania 12.1: Rozwój systemu ratownictwa medycznego, który to program wymusza zachowanie pewnej terminowości.

Przyjęcie takiego wyjaśnienia - zastosowania procedury przyspieszonej - nie pozbawia zasadności podnoszonego zarzutu.

W celu uzasadnienia, że wyznaczenie dziesięciodniowego terminu składania wniosków stanowi naruszenie Odwołujący przywołał treść *„Przewodnika dla Beneficjenta Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko z 2010 r., w którym:*

„Komisja zwróciła uwagę, że art. 38 ust 8 dyrektywy 2004/18/WE uzależnia możliwość zastosowania procedury przyspieszonej od dwóch zakłada warunków:

- *pilności udzielenia zamówienia,*
- *brak możliwości zachowania standardowych terminów przewidzianych w dyrektywie.*

W ocenie Komisji termin wydatkowania środków finansowych nie może być utożsamiany z wystąpieniem prawdziwie pilnej konieczności, uzasadniającej skrócenie terminów

w procedurze zamówieniowej. Tym samym perspektywa utraty przez zamawiającego dofinansowania nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla wyboru procedury przyspieszonej. Komisja zwróciła uwagę, że przyspieszając procedurę i skracając terminy składania wniosków i ofert zamawiający mógł zniechęcić niektórych wykonawców do udziału w postępowaniu. Zastosowanie procedury przyspieszonej mogło zatem w znacznym stopniu ograniczyć konkurencję. Korekty finansowe: Powyższe uchybienie stanowi naruszenie art. 49 ust. 2 ustawy Pzp i jest zagrożone korektą finansową w wysokości 5% w postępowaniach objętych dyrektywą 2004/18/WE".

Zdaniem Odwołującego w zaistniałej sprawie nie zachodzą również inne przesłanki uzasadniające pilne udzielenie zamówienia publicznego.

Nie może być zaś mowy o należytej staranności w działaniu Zamawiającego z uwagi na dwumiesięczną zwłokę i zaniechanie wszczęcia procedury zaraz po wypowiedzeniu poprzedniej umowy.

W opinii Odwołującego, Zamawiający wszczął postępowanie na zasadzie procedury przyspieszonej tylko i wyłącznie z powodu chęci ograniczenia uczciwej konkurencji i swoich preferencji, co do konkretnego wykonawcy, który uprzedzony o fakcie wszczęcia postępowania wcześniej został postawiony w o wiele korzystniejszej sytuacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wskazania znaczenia poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podkreślił, że przy założeniu jakie Zamawiający postawił w ogłoszeniu co do zaproszenia jedynie 5 wykonawców kluczowym jest określenie na jakich zasadach kwalifikacja ta będzie się odbywać. Na gruncie ustawy Pzp wykluczona jest bowiem jakakolwiek uznaniowość, którą niewątpliwie przy braku określenia tych zasad będzie kierował się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przy ocenie wniosków i dopuszczeniu wykonawców do dalszego etapu.

Zarzut dotyczący nieproporcjonalności i nadmierności w sposobie opisu warunku doświadczenia, jakim ma się wykazać wykonawca a co za tym idzie stanowi on naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc ten wymóg do przedmiotu zamówienia, którym jest utworzenie centrum urazowego o wartości szacunkowej w przedziale między 6 000 000 zł netto a 6 480 000 zł netto należy stwierdzić, że wymaganie aby wykonawca zrealizował aż trzy tego typu roboty stanowi warunek nadmierny i nieproporcjonalny. Żądanie realizacji trzech tego typu robót należy więc uznać za wygórowane i nie znajdujące uzasadnienia potrzebami Zamawiającego. W przypadku żądania wykazania się trzema robotami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia nie może być więc mowy o proporcjonalności.

Postawienie tak wygórowanego warunku wpływa na ograniczenie konkurencji a tym samym na cenę, która byłaby z pewnością o wiele korzystniejsza przy dopuszczeniu szerszego grona wykonawców.

Zarzuty nr 4 i 5 dotyczą żądania przez Zamawiającego dokumentów przedmiotowych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co nie wymaga większego dowodzenia gdyż jest niezgodne z obowiązującymi, ww. przepisami jak również z ideą przetargu ograniczonego, który zwany jest przetargiem dwuetapowym z tego powodu, iż najpierw dokonuje się oceny wykonawcy zaś dopiero w drugim etapie przeprowadza się ocenę oferowanego przedmiotu, materiału.

Co więcej zamieszczony Arkusz Informacji Technicznej stanowiący zestawienie parametrów technicznych, których spełnianie ma wykazać wykonawca rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji w związku z tym, że wskazuje jedynie na jednego dostawcę danych materiałów, mimo, że to samo Zamawiający mógł osiągnąć poprzez opisanie tych parametrów z dopuszczeniem wielu rozwiązań istniejących na rynku.

O tym, że Arkusz Informacji Technicznej wskazuje tylko na jednego dostawcę świadczą wymagane parametry, które w żądanej przez Zamawiającego konfiguracji spełnia tylko jeden dostawca oraz wymagane w AIT do dołączenia do oferty przetargowej dokumenty/certyfikaty wymagające spełnienia tylko norm Niemieckich DIN (np.: DIN 6812 (E/94), DIN 4190, DIN 59382) a nie Polskich Norm. W związku z powyższym jedynym dostawcą spełniającym wymagania Zamawiającego postawionymi w AIT jest firma HT LABOR + HOSPITALTECHNIK AG z siedzibą w Heideck w Niemczech.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 11 stycznia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 13 stycznia 2012 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej oraz przekazał jej kopię wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 48 ust. 2 pkt 7 oraz art. 50 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie w ogłoszeniu złożenia dokumentów dotyczących oświadczenia o średnim rocznym zatrudnieniu, w związku z wycofaniem tego zarzutu przez Odwołującego, Izba pozostawiła zarzut powyższy bez rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 49 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zastosowanie skróconego dziesięciodniowego, a nie trzydziestodniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo braku zaistnienia ku temu przesłanki pilności, Izba stwierdziła, iż zarzut powyższy jest niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 49 ust. 3 pkt 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż 10 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowa procedura udzielenia zamówienia publicznego jest trzecią z kolei procedurą. Pierwsza zakończyła się unieważnieniem ze względu na cenę ofert złożonych w postępowaniu, które przekraczały możliwości finansowe Zamawiającego. Druga zakończyła się powodzeniem o tyle, że został wybrany wykonawca, z którym została podpisana umowa, jednakże ze względu na niewłaściwą realizację przedmiotu umowy, Zamawiający od niej odstąpił.

Zamawiający na rozprawie podał, że w czasie pomiędzy rozwiązaniem umowy z poprzednim wykonawcą, a wszczęciem przedmiotowej procedury przeprowadzał stosowne czynności, takie jak inwentaryzacja placu budowy, wprowadzanie zmian projektowych oraz wykonywał roboty niezbędne, związane z naruszoną przez poprzedniego wykonawcę

konstrukcją budynku, w celu zapewnienia bezpieczeństwa osób tam przebywających, jak i dotyczącej całej inwestycji.

Odwołujący na dowód bezczynności Zamawiającego, a tym samym niezasadnego zastosowania terminu 10-dniowego, do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powołał dokument z dnia 13 października 2011 roku zatytułowany „Odstąpienie od umowy” skierowany do Zamawiającego przez firmę Climatic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach, który miał potwierdzić okoliczność, iż Zamawiający od połowy października 2011 roku do 29 grudnia 2011 roku (dnia przesłania ogłoszenia do publikacji) nie wykonywał żadnych czynności w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił zaniechania Zamawiającego uzasadniającego brak możliwości zastosowania 10-dniowego terminu składania wniosków. Dokument złożony przez Odwołującego wskazuje jedynie na płaszczyznę konfliktu między stronami, w żadnym wypadku nie stanowi o bezczynności Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prawne spoczywa obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów. Z całą pewnością dokument złożony przez Odwołującego takich faktów nie potwierdza.

Pozostała argumentacja Odwołującego bazująca również na wskazywaniu okresu świąteczno-noworocznego, jako okoliczności wyłączającej możliwość zastosowania 10-dniowego terminu składania wniosków również nie znajduje swojego racjonalnego zastosowania, gdyż każdy z wykonawców miał taki sam krótki termin na przygotowanie wniosku wraz z dokumentami, co powoduje o niezasadności zarzutu dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania i konkurencji.

Tym samym zarzut Odwołującego uznać należało za niezasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z wyżej powołanym przepisem Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków.

Obok elementów, jakie powinno zawierać ogłoszenie o zamówieniu właściwe dla przetargu nieograniczonego (art. 41), w ogłoszeniu o zamówieniu dla przetargu ograniczonego pojawiają się elementy dodatkowe, związane z właściwością tego trybu. Ponieważ zamawiający jedynie na podstawie ogłoszenia będzie dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawców, powinien on w ogłoszeniu o zamówieniu wskazać, obok warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, także znaczenie tych warunków dla celów stworzenia listy wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu, jak również dokumenty i oświadczenia, jakich przedłożenia żąda we

wniosku w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Zamawiający stawia warunki udziału w postępowaniu w granicach art. 22, a oświadczeń i dokumentów żąda zgodnie z art. 25 i 26. W przetargu ograniczonym jest jednak szczególnie istotne, aby stawiane warunki, opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, znaczenie warunków oraz wymagane dokumenty i oświadczenia były określone przez zamawiającego precyzyjnie, w sposób niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Jest to związane z tym, że jedynie na podstawie ogłoszenia wykonawcy będą przygotowywać wnioski (nie funkcjonuje na tym etapie postępowania SIWZ ani inny dokument), [...]. Prawidłowe określenie oceny spełniania warunków i nadanie warunkom znaczenia odgrywa istotną rolę ze względu na konieczność zakwalifikowania przez zamawiającego wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest większa niż liczba wskazana przez zamawiającego, powinien on zaprosić do składania ofert tych, którzy spełniają warunki w największym stopniu – otrzymali najwyższą ocenę spełniania tych warunków. W związku z tym już na etapie ogłoszenia zamawiający powinien wskazać, spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie ich w większym lub mniejszym stopniu (nadanie wagi poszczególnym warunkom).

Można wyróżnić warunki, których ocena spełniania może być dokonana jedynie przez stwierdzenie „spełnia” lub „nie spełnia”, np. wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, bo zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne, oraz takie, co do których można zastosować ocenę spełniania danego warunku w mniejszym lub większym stopniu, np. większe doświadczenie wykonawcy, gdyż wykonał on pięć robót budowlanych o podobnej wartości i charakterze, podczas gdy minimalny próg spełniania warunku to wykonanie dwóch robót budowlanych o podobnej wartości i charakterze (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata – komentarz, LEX 2010).

Niezależnie od liczby złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wskazanej w ogłoszeniu liczby wykonawców, których Zamawiający zamierzał zaprosić do złożenia ofert, jest on zobowiązany dokonać oceny, przyznać punkty oraz sporządzić ranking wykonawców. Taki obowiązek, choć wydawałoby się wyłączony na podstawie art. 51 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wypływa z regulacji art. 51 ust. 1a ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał prawidłowego opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wskazał znaczenia opisanych warunków. Co prawda Zamawiający wskazał, że ocena spełniania warunków będzie dokonywana w oparciu o formułę „spełnia – nie spełnia”, jednakże w tym trybie postępowania opis taki jest niewystarczający, gdyż brak jest elementu wyróżniającego – cennego, pozwalającego Zamawiającemu na dokonanie oceny wniosków, zawierających spełnienie warunków w stopniu wyższym niż podstawowy – minimalny. Istotą zamówienia publicznego w trybie

przetargu ograniczonego jest bowiem wyłonienie wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają warunki podmiotowe postawione przez Zamawiającego, i którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Zamawiający nie przekazując w ogłoszeniu informacji o znaczeniu warunków udziału w postępowaniu, uchybił zasadzie równego traktowania i konkurencji, gdyż potencjalni wykonawcy, w tym Odwołujący nie mogą w sposób transparentny uzyskać informacji o tym, w jaki sposób ich wniosek zostanie oceniony, ile i za spełnienie którego z warunków otrzymają punkty.

Izba zwraca uwagę, iż stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, iż zarzut powyższy jest niezasadny, gdyż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 4 wnioski i Zamawiający nie musi dokonywać oceny i ustalania rankingu, gdyż w ogłoszeniu przewidział liczbę wykonawców w wysokości 5, Izba uznała za daleko idącą nadinterpretację przepisów, nie znajdującą swojego oparcia w ustawie - Prawo zamówień publicznych.

Ponadto krytyce należy poddać stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, iż przewidywał złożenie mniej niż 5 wniosków, a przypadku większej ich liczby opracowałby szczegółowe warunki wg. których oceniłby wnioski przyznając punktację. W ocenie Izby Zamawiający nie ma prawa opracowywać szczegółowych parametrów oceny po terminie składania wniosków, niejako w tajemnicy przez wykonawcami. Każdy wykonawca ma prawo znać i zaznajomić się z parametrami oceny wniosków już na etapie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, gdyż w zależności od warunków tam przyjętych może podjąć decyzję o udziale w postępowaniu czy też rezygnacji z udziału.

Powyższe stanowisko jednoznacznie wskazuje na zasadność stawianego zarzutu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

Zamawiający wskazał, iż za spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia uzna doświadczenie wykonawcy, jeśli wykonawca wykaże się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 3 robotami budowlanymi zawierającymi w swoim zakresie budowę, remont sal operacyjnych w obiektach zakładu opieki zdrowotnej o wartości minimum 7 000 000,00 PLN brutto (sekcja III.2.3 ogłoszenia).

Odwołujący kwestionuje ilość robót budowlanych, wnosząc o jej zmniejszenie do 1 roboty wskazując, iż tak postawiony warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie nie potrafił zająć jednoznacznego stanowiska, co do możliwości złożenia wniosku przy pozostawieniu warunku w sposób w jaki go opisał Zamawiający, co świadczyć może, że Odwołujący posiada stosowne doświadczenie bądź też dysponuje odpowiednimi możliwościami by warunek ten spełnić.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie udowodnił, iż kwestionowane doświadczenie jest postawione zbyt wysoko i niemożliwia mu złożenie wniosku. Ze względu na brak przeprowadzenia postępowania dowodowego, po stronie Odwołującego, zarzut powyższy należało uznać za bezzasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 48 ust. 2 pkt 7 oraz art. 50 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie złożenia przez wykonawców wraz z wnioskiem dokumentów innych niż dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wypełnionego Arkusza Informacji Technicznej i dokumentów z niego wynikających, Izba uznała za zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 48 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp Ogłoszenie o zamówieniu zawiera informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Przepis powyższy wyraźnie rozdziela charakter oświadczeń i dokumentów na te potwierdzające spełnianie warunków (podmiotowe) oraz na potwierdzające parametry przedmiotu zamówienia (przedmiotowe). Skoro więc ustawodawca wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego wykonawcy składają wraz z wnioskiem oświadczenia i dokumenty (podmiotowe), to tylko takie dokumenty mogą być żądane przez Zamawiającego.

Rozróżnienie rodzajowe powyższych dokumentów zostało również wskazane w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817). W pierwszy czterech paragrafach opisane zostały rodzaje dokumentów, jakie mogą być żądane dla spełnienia warunków podmiotowych, natomiast paragraf 5 bezpośrednio odnosi się do dokumentów przedmiotowych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający popełnił błąd żądając, na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wypełnionego dokumentu zatytułowanego Arkusz Informacji Technicznej. Z treści przedmiotowego dokumentu jasno wynika, że Zamawiający będzie oceniał rozwiązania techniczne, przyjęte w tymże arkuszu, pod rygorem *nomen omen* odrzucenia oferty.

Wyjaśnienia Zamawiającego, złożone na rozprawie, iż arkusz faktycznie miał znaczenie tylko informacyjne, bez wpływu na stan faktyczny wykonawcy w postępowaniu zdają się, że konstruowane są na potrzeby przyjętej linii obrony, gdyż nie znajdują, w żadnym miejscu ogłoszenia potwierdzenia. Ogłoszenie o zamówieniu ma decydujące i rozstrzygające znaczenie przy ocenie złożonych wniosków. Jeżeli Zamawiający chciał poinformować wykonawców o przyszłych elementach przedmiotu zamówienia, to oczywiście mógł taką informację przekazać, jednakże bez obowiązku ich potwierdzenia przez wykonawców, a w szczególności bez konsekwencji odrzucania wniosku czy wykluczenia wykonawców. Powyższe nie jest dopuszczone obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba uznała za zasadny.

Przyjmując wcześniejszą argumentację o braku zasadności żądania Arkusza Informacji Technicznej Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie wypełnił ustawowego wymogu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie ofert równoważnych. Co prawda w pierwszej pozycji tabeli w/w arkusza znajduje się sformułowanie „lub równoważne”, jednakże w pozostałym zakresie odnoszącym się zwłaszcza do norm prawa niemieckiego takiego sformułowania nie użył, czym ograniczył konkurencję. Ponadto wskazanym byłoby, aby Zamawiający opisał na czym owa równoważność ma polegać, eliminując ewentualne wątpliwości po stronie wykonawców.

Odwołujący wnioskując o przeprowadzenie dowodu z wniosków złożonych w przedmiotowym postępowaniu na okoliczność możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia produkowanego tylko przez jednego producenta wskazywał, że prawdopodobnie we wnioskach wykonawcy zaoferowali rozwiązania tylko producenta HT LABOR + Hospitaltechnik AG z siedzibą w Niemczech.

Izba przeprowadzając dowód z powyższych dokumentów stwierdziła, że różni wykonawcy proponowali rozwiązania różnych firm, jednakże ocena czy odpowiadają one wymogom postawionym przez Zamawiającego była niemożliwa, z uwagi na fakt, iż oceny takowej winien dokonać Zamawiający (komisja przetargowa), a na dzień rozprawy ocena taka nie została dokonana.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwa derogacja czynności niezależnej od Zamawiającego, tj. czynności składania wniosków i nakazanie dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Jedynie niejako na marginesie, mając na celu dobro przyszłego postępowania Izba wskazuje, że Zamawiający winien wziąć pod uwagę poczynione, w niniejszym postępowaniu, przez Izbę uwagi w celu prawidłowego doprowadzenia do wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: